

DYSKURS PRAWNICZY JAKO PRZYPADEK SZCZEGÓLNY OGÓLNEGO DYSKURSU PRAKTYCZNEGO*

Teza głosząca, że dyskurs prawniczy stanowi przypadek szczególny ogólnego dyskursu praktycznego, została sformułowana przez Roberta Alexego w 1978 roku¹. Stanowi ona nie tylko podstawę opracowanej przezeń teorii argumentacji prawniczej, lecz także podstawowy składnik jego analitycznej argumentacji na rzecz niepozytywistycznej koncepcji prawa, przedstawionej po raz pierwszy 10 lat później². Celem niniejszej pracy jest przedyskutowanie krytyki podnoszonej przeciwko tezie o przypadku szczególnym oraz zasugerowanie możliwości normatywno-analitycznej interpretacji statusu metodologicznego tej tezy.

Sonderfallthese i koncepcje pokrewne

Alexy rozróżnia trzy możliwe interpretacje tezy o przypadku szczególnym, określając je jako *Sekundaritätsthese*, *Additionsthese* oraz *Integrationsthese*³. W myśl pierwszej interpretacji, którą najlepiej określić jako 'tezę o fasadowości dyskursu prawniczego', w sprawach, które nie mogą być w pełni rozstrzygnięte w oparciu o prawo ustawowe, ogólny dyskurs praktyczny stanowi rzeczywistą podstawę decyzji, zaś dyskurs prawniczy spełnia jedynie rolę wtórnej legitymacji, ukrywając za fasadą prawa rzeczywiste kryteria podjętych decyzji. Druga interpretacja, którą określić można jako 'tezę o komplementarności ogólnego dyskursu

* Tekst powstał dzięki stypendium fundacji Aleksandra von Humboldta.

¹ Por. *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Frankfurt a. Main 1978, s. 33–39, 263–272, 356–359.

² Por. *Zur Kritik des Rechtspositivismus* [w:] R. Dreier (red.), *Rechtspositivismus und Wertbezug des Rechts*, ARSP–Beiheft 37, 1990, s. 9–26. Referat ten został przedstawiony na konferencji niemieckiej Sekcji IVR w Göttingen, w październiku 1988 roku.

³ *Theorie der juristischen Argumentation...*, s. 38. W wydaniu angielskim interpretacje te określone są odpowiednio jako 'Subordination Thesis', 'Supplementation Thesis' i 'Integration Thesis' – por. *A Theory of Legal Argumentation. The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, tłum. R. Adler, N. McCormick, Oxford 1989, s. 19–20.

praktycznego', polega na przyjęciu, że argumentacja prawnicza jest wystarczająca tylko do pewnego punktu, w którym specyficzne argumenty prawnicze wyczerpują się i muszą zostać uzupełnione na podstawie ogólnego dyskursu praktycznego. Trzecia interpretacja, przyjęta przez Alexego jako punkt wyjścia jego teorii dyskursu prawniczego, głosi, że „stosowanie specyficznych argumentów prawniczych winno być łączone we wszystkich stopniach argumentacji z ogólnymi argumentami praktycznymi”⁴. Za warcie uwagi należy uznać, że taka integracyjna interpretacja *Sonderfallthese*, w przeciwieństwie do dwóch poprzednich (które są deskryptywne⁵), wydaje się mieć charakter normatywny⁶.

Nasuwa się pytanie, dlaczego Alexy opowiada się za *Integrationsthese* jako właściwą interpretacją tezy o przypadku szczególnym? Przecież dla prawników bardziej intuicyjnie czy empirycznie akceptowalne są pozostałe interpretacje, a w szczególności interpretacja druga (czyli *Additionsthese*). Jeżeli bowiem przyjmujemy, *nota bene* typowe dla współczesnych analiz argumentacji prawniczej, a wprowadzone przez Jerzego Wróblewskiego odróżnienie uzasadnienia wewnętrznego i uzasadnienia zewnętrznego decyzji prawnych⁷, to nasuwa się spostrzeżenie, że z integracją specyficznych argumentów prawniczych z ogólnymi argumentami praktycznymi mamy do czynienia dopiero w ramach uzasadnienia zewnętrznego, czy też, posługując się terminologią Neila MacCormicka⁸, w ramach *second-order justification*⁹.

Wydaje się, że właściwa odpowiedź na tak postawione pytanie jest radykalna, a mianowicie, że ani pierwsza, ani druga z rozważanych przez Alexego interpretacji *Sonderfallthese*, nie jest w ogóle jej interpretacją. W odniesieniu do 'tezy o fasadowości dyskursu prawniczego' (*Sekundaritätsthese*) można łatwo zauważyć, że zgodnie z tą „interpretacją”, dyskurs prawniczy ma charakter pozorny – w istocie więc rzeczywiste rozumowania prawnicze niczym się nie różnią od ogólnych rozumowań praktycznych. Tym samym, teza o przypadku szczególnym traci rację bytu – trudno bowiem uznać manipulacyjny (w myśl tej „interpretacji”) charakter argumentacji prawniczej za coś **szczególnego** względem ogólnej argumentacji praktycznej (a już na pewno nie o taką **szczegółność** Alexemu cho-

⁴ „... die Verwendung spezifisch juristischer Argumente [ist] auf allen Stufen mit der allgemeiner praktischer Argumente zu verbinden” – *Theorie der juristischen Argumentation...*, s. 38.

⁵ Nieco odmiennego zdania jest E. Hilgendorf, *Argumentation in der Jurisprudenz. Zur Rezeption von analytischer Philosophie und kritischer Theorie in der Grundlagenforschung der Jurisprudenz*, Tübingen 1990, s. 129, który twierdzi, że nie tylko *Integrationsthese*, lecz także *Additionsthese* ma charakter normatywny.

⁶ Widać to zwłaszcza w sformułowaniu angielskojęzycznym: „... specifically legal arguments and general practical arguments *should be combined at all levels and applied jointly*” (kursywa moja – A.G.) – *A Theory of Legal Argumentation...*, s. 20. Oryginalne sformułowanie w języku niemieckim, przytoczone w przypisie 4, można interpretować zarówno normatywnie, jak i modalnie – jako zdanie wyrażające możliwość.

⁷ J. Wróblewski, *Legal Decision and Its Justification*, „Logique et Analyse” 53–54, 1971, s. 412 i n.

⁸ N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford 1978, s. 101 i n.

⁹ Tezę tę wydaje się aprobować także Alexy – por. jego recenzję książki N. MacCormicka, *Legal Reasoning and Legal Theory*, „Rechtstheorie” 11, 1980, s. 127–128. Por. także *Theorie der juristischen Argumentation...*, s. 346 i n.

dzilo, gdy formułował swą tezę). Także druga „interpretacja” (*Additionsthese*) rodzi poważne wątpliwości, gdyż dyskurs prawniczy traci w niej charakter homogeniczny, składa się bowiem najpierw z części czysto prawniczej, a potem z pozaprawnej części ogólnopraktycznej. Ani pierwsza, ani druga część nie jest więc **szczególnym** przypadkiem ogólnego dyskursu praktycznego¹⁰. Rozumowanie to można jeszcze wzmocnić przez podanie argumentów przemawiających na rzecz przyjęcia integracyjnej interpretacji *Sonderfallthese*, spośród których za najważniejszy uznaję następujący: tylko wtedy, gdy przyjmiemy integracyjną interpretację tezy o przypadku szczególnym, można opracować teorię dyskursu prawniczego, w której z jednej strony obowiązują reguły ogólnego dyskursu praktycznego, a z drugiej – reguły i formy specyficzne dla dyskursu prawniczego. Nasuwa się spostrzeżenie, że w tym sensie *Integrationsthese* jest analitycznym założeniem (warunkiem)¹¹ dla całej teorii dyskursu prawniczego, w wersji opracowanej przez Alexego. Kwestia ta zostanie dokładniej przedyskutowana w kolejnych punktach, w których zajmiemy się krytyką jego tezy. Wcześniej jednak wspomnijmy o kilku koncepcjach, zakresowo zbliżonych do tezy o przypadku szczególnym, a sformułowanych przez przedstawicieli szeroko rozumianej teorii argumentacji prawniczej.

W ujęciu MacCormicka, który podobnie jak Alexy opiera teorię rozumowania prawniczego na teorii rozumu praktycznego, rozumowanie prawnicze stanowi „wysoce zinstytucjonalizowany i sformalizowany typ rozumowania moralnego”¹². Podobne sformułowanie znajdujemy u Aleksandra Peczenika, traktującego rozumowanie prawnicze jako przypadek szczególny rozumowania moralnego¹³. Natomiast Martin Kriele uznaje poprawność tezy o przypadku szczególnym, jednakże w relacji do dyskursu etycznego¹⁴. Jak widać, sformułowania te różnią się zakresem odniesienia w stosunku do oryginalnej *Sonderfallthese*. Różnice te należy uznać za znaczące, ponieważ Alexy nie utożsamia dyskursu praktycznego ani z dyskursem moralnym, ani też dyskursem etycznym, a nawet podkreśla (w kontekście koncepcji moralności Jürgena Habermasa), że teza o przypadku szczególnym odniesiona wyłącznie do dyskursu moralnego, a nie do ogólnego dyskursu praktycznego, jest błędna¹⁵. Z kolei, w literaturze polskiej jeszcze dalej

¹⁰ Dodajmy, że interpretacja ta może być potraktowana jako „spokrewniona” z pozytywistyczną koncepcją prawa – por. A. García Figueroa, *La tesis del caso especial y el positivismo jurídico*, DOXA 22, 1999, s. 205, przypis 32. Obserwacja ta dodatkowo wyjaśnia dlaczego Alexy, który pozytywistyczną koncepcję prawa przecież odrzuca, nie akceptuje także tej interpretacji.

¹¹ Por. R. Alexy, *La tesis del caso especial*, tłum. I. Lifante Vidal, „Isegoria” 21, 1999, s. 30, gdzie określa on *Integrationsthese* jako założenie integracji (*el presupuesto de la integración*). Angielskojęzyczna wersja tego tekstu, zat. *The Special Case Thesis*, ukazała się w „Ratio Juris” 12, 1999, s. 374–384; tutaj s. 380–381.

¹² N. MacCormick, *ibidem*, s. 272. Należy dodać, że w późniejszych pracach MacCormick wyraża akceptację tezy Alexego – por. referat *Moral Disestablishment and Rational Discourse* [w:] H. Jung, H. Müller-Dietz, U. Neumann (red.), *Recht und Moral. Beiträge zu einer Standortbestimmung*, Baden–Baden 1991, s. 225, oraz zmieniony w 1994 r. *Prolog do Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford 1994, s. XII, XVI.

¹³ A. Peczenik, *Legal Reasoning as a Special Case of Moral Reasoning*, „Ratio Juris” 1, 1988, s. 123–136.

¹⁴ M. Kriele, *Recht und praktische Vernunft*, Göttingen 1979, s. 33–34.

¹⁵ R. Alexy, *ibidem*, s. 26–28.

idzie Jerzy Stelmach, który wykorzystuje ideę Alexego dla scharakteryzowania hermeneutyki prawniczej jako przypadku szczególnego zastosowania (urzeczywistnienia) hermeneutyki ogólnej¹⁶.

Krytyka tezy o przypadku szczególnym – uwagi wstępne

Alexy przedstawia trójelementowe uzasadnienie tezy o przypadku szczególnym¹⁷. Po pierwsze, dyskurs prawniczy, podobnie jak dyskurs praktyczny, dotyczy kwestii praktycznych – czyli tego, co powinno być: co jest nakazane, zakazane lub dozwolone. Po drugie, dyskurs ten charakteryzuje roszczenie słuszności (*Anspruch auf Richtigkeit*) – chodzi o to, żeby znaleźć odpowiedzi, które są słuszne (tzn. dyskursywnie uzasadnione lub uzasadnialne). Po trzecie, zakres dyskursu prawniczego i charakter jego roszczenia słuszności różnią się od ogólnego dyskursu praktycznego, bowiem są zrelatywizowane do prawa pozytywnego, dogmatyki, precedensów (orzecznictwa), a w przypadku postępowań sądowych – dodatkowo ograniczone przez ustawodawstwo i regulacje proceduralne¹⁸. Jak zauważono w literaturze¹⁹, dwa pierwsze argumenty służą uzasadnieniu tezy, że dyskurs prawniczy jest **przypadkiem** dyskursu praktycznego, trzeci zaś popiera tezę o jego **szczególnym** charakterze. Stosując nawiązującą do formuły definicji klasycznej terminologię (zgodnie z sugestią samego Alexego²⁰), kwestie te można syntetycznie określić jako (odpowiednio) problem *genus proximum* i problem *differentia specifica*. Rozróżnienie to wydaje się pomocne dla przynajmniej częściowego uporządkowania rozległej i różnorodnej krytyki tezy o przypadku szczególnym²¹. Oprócz krytyki skierowanej przeciwko, czy też związanej z uzasadnieniem *Sonderfallthese*, odrębną kategorię stanowi krytyka teorii dyskursu praktycznego oraz koncepcji rozumu praktycznego, stanowiących podstawę teorii dyskursu prawniczego Alexego²². Krytyka ta jednak tylko pośrednio skierowana jest

¹⁶ J. Stelmach, *Współczesna filozofia interpretacji prawniczej*, Kraków 1995, s. 73 i n. Nawiąsem mówiąc, Stelmach akceptuje także *Sonderfallthese* w wersji Alexego – por. J. Czaja, J. Stelmach, *Teoria argumentacji prawniczej*, „Krakowskie Studia Prawnicze” XXVI–XXVII, 1993–1994, s. 19, 25 i n.

¹⁷ Por. *Theorie der juristischen Argumentation...*, s. 263 i n., *La tesis del caso especial*, s. 24–25.

¹⁸ *Theorie der juristischen Argumentation...*, s. 37.

¹⁹ Por. przykładowo U. Neumann, recenzja książki R. Alexego, *Theorie der juristischen Argumentation*, „Philosophische Rundschau” 28, 1981, s. 211; G. Pavlakos, *The Special Case Thesis. An Assessment of R. Alexy's Discursive Theory of Law*, „Ratio Juris” 11, 1998, s. 127.

²⁰ *La tesis del caso especial*, s. 29 i n.

²¹ Stosunkowo obszerną bibliografię, obejmującą prace krytyczne w stosunku do teorii dyskursu prawniczego Alexego, podaje A. Engländer, *Zur begrifflichen Möglichkeit des Rechtspositivismus. Eine Kritik des Richtigkeitsarguments von Robert Alexy*, „Rechtstheorie” 28, 1997, s. 480–485.

²² Najbardziej zasadniczy charakter ma krytyka O. Weinbergera – por. jego prace: *Logische Analyse als Basis der juristischen Argumentation* [w:] W. Krawietz, R. Alexy (red.), *Metatheorie juristischer Argumentation*, „Rechtstheorie”-Beiheft 1, 1983, s. 188–203, *Der Streit um die praktische Vernunft* [w:] R. Alexy, R. Dreier (red.), *Rechtssystem und Praktische Vernunft*,

przeciwko tezie o przypadku szczególnym, zostanie zatem w poniższej dyskusji pominięta. Natomiast za wartę przedyskutowania, obok argumentacji krytycznych związanych z problemami *genus proximum* i *differentia specifica*, uznać należy zarzuty wieloznaczności tezy o przypadku szczególnym. Wypada dodać, że z konieczności poniższa dyskusja dotyczyć może jedynie niektórych argumentów krytycznych, podnoszonych przez oponentów *Sonderfallthese*. Aby ograniczyć subiektywizm i arbitralność ich wyboru, przyjmuję dwa kryteria pomocnicze: przedyskutowane zostaną zarzuty sformułowane przez filozofów lub teoretyków prawa (pierwsze kryterium), na które, w przeważającej większości, Alexy bezpośrednio już odpowiedział (drugie kryterium).

Problem *genus proximum* dyskursu prawniczego

W ramach krytyki związanej z problemem *genus proximum* dyskursu prawniczego, najbardziej ogólny jest zarzut podający w wątpliwość tezę, że dyskurs prawniczy (argumentacja prawnicza) jest w ogóle dyskursem (w sensie teorii racjonalnego dyskursu)²³. Zarzut ten formułowany jest zazwyczaj w szczególności w odniesieniu do kwestii pojmowania argumentacji mających miejsce w trakcie postępowania sądowego jako dyskursu. Jak zauważa Ulfrid Neumann, przed ukazaniem się *Theorie der juristischen Argumentation* nie kwestionowano tezy, że postępowanie sądowe nie może być pojmowane w kategoriach (idealnego) dyskursu²⁴. Analiza przeprowadzona przez Arthura Kaufmanna w stosunku do postępowania sądowego w sprawach karnych wykazuje, że postępowania sądowe nie mogą być traktowane jako racjonalny dyskurs, i to z wielu powodów²⁵: strony postępowania są związane prawem obowiązującym (które zresztą czasami może być wadliwe), postępowanie jest zdominowane przez sędziego, który sprawuje nad nim kontrolę, postępowanie jest ograniczone czasowo, jego celem nie jest wyłącznie prawdziwość ustaleń i sprawiedliwość rozstrzygnięcia, lecz przede wszystkim osiągnięcie 'pokoju prawnego', co powoduje, że czasem także niespra-

ARSP–Beiheft 51, 1993, s. 30–46, *Grundlagenprobleme des Institutionalistischen Rechtspositivismus und der Gerechtigkeitstheorie* [w:] P. Koller, W. Krawietz, P. Strasser (red.), *Institution und Recht. Grazer Internationales Symposium zu Ehren von Ota Weinberger*, „Rechtstheorie”–Beiheft 14, 1994, s. 253–266, oraz *Basic Puzzles of Discourse Philosophy*, „Ratio Juris” 9, 1996, s. 172–181. Warta uwagi jest również krytyka E. Hilgendorfa, *Zur transzendentalpragmatischen Begründung von Diskursregeln*, „Rechtstheorie” 27, 1995, s. 183–200.

²³ Por. U. Neumann, *Juristische Argumentationslehre*, Darmstadt 1986, s. 84–85; podobnie C. Braun, *Diskurstheoretische Normenbegründung in der Rechtswissenschaft*, „Rechtstheorie” 19, 1988, s. 258 i n.

²⁴ U. Neumann, *ibidem*, s. 84. Tego samego zdania jest A. Kaufmann, *Läßt sich die Hauptverhandlung in Strafsachen als rationaler Diskurs auffassen?* [w:] H. Jung, H. Müller-Dietz (red.), *Dogmatik und Praxis des Strafverfahrens. Beiträge anläßlich des Colloquiums zum 65. Geburtstag von Gerhard Kielwein*, „Annales Universitatis Saraviensis” 122, 1989, s. 21.

²⁵ Por. A. Kaufmann, *ibidem*, s. 20 i n., oraz *Problemgeschichte der Rechtsphilosophie* [w:] A. Kaufmann, W. Hassemer (red.), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, Heidelberg 1994 (wyd. 6), s. 165.

wiedliwe wyroki uzyskują prawomocność. Uzupełnić powyższe powody można o zarzut monologicznego charakteru uzasadniającej decyzje argumentacji sędziowskiej²⁶. Zatem budzące wątpliwości traktowanie dyskursu prawniczego, a w szczególności argumentacji sądowej²⁷, jako dyskursu idealnego – ‘dyskursu Aniołów’ (określenie Oty Weinbergera²⁸), stanowi poważny zarzut wobec *Sonderfallthese*. Alexy uznaje jednak ten zarzut za nieuzasadniony, gdyż, jego zdaniem, najważniejsze jest to, że strony argumentujące w trakcie procesu starają się, aby ich argumenty mogły być traktowane jako poprawne, nawet jeśli subiektywnie chodzi im jedynie o rozstrzygnięcie zaspokajające ich interesy. W tym sensie, roszczenie słuszności (*Anspruch auf Richtigkeit*) dotyczy także argumentacji sądowej stron procesu²⁹. Natomiast w odniesieniu do zarzutu monologicznego charakteru argumentacji sędziowskiej, Alexy argumentuje, że uzasadnienie sędziowskie podlegającej kontroli decyzji sądowej powoduje, że sędzia staje się uczestnikiem trzech dyskursów: dyskursu prowadzonego przed sądem wyższej instancji, dyskursu prawniczego oraz dyskursu publicznego. Dlatego też, zdaniem Alexego, także postępowania sądowe powinny być interpretowane na podstawie siatki pojęciowej teorii dyskursu³⁰.

Zasadność powyższej krytyki zostanie później przedyskutowana, w tym miejscu poprzestańmy jedynie na stwierdzeniu, że z pragmatycznego punktu widzenia argumentacja stron procesu może być traktowana jako dyskurs (dyskusja argumentacyjna), przynajmniej w rozumieniu teorii argumentacji Fransa H. van Eemeren i Roba Grootendorsta, natomiast argumentacja sędziego (a dokładniej: kompleksowy akt illokucyjny uzasadnienia sędziowskiego) może być traktowana jako fragment takiej dyskusji³¹.

Drugi zarzut, oceniany przez Alexego jako radykalny, dotyczy kwestii charakteru dyskusji dogmatycznoprawnych. Neumann, który jako pierwszy zarzut ten sformułował³², stawia pytanie, czy jest to aby na pewno dyskurs praktyczny i czy, w związku z tym, roszczenie słuszności podnoszone w ramach analiz dogmatycz-

²⁶ Por. U. Neumann, *Zur Interpretation des forensischen Diskurses in der Rechtsphilosophie von Jürgen Habermas*, „Rechtstheorie” 27, 1996, s. 417 i n. Podobny pogląd wyraża M. Atienza, *Las Razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid 1993 (wyd. 2), s. 229, który podkreśla, że racjonalność dyskursywna (w wersji opracowanej przez Alexego) w zasadzie nie różni się od racjonalności monologicznej.

²⁷ Wypada dodać, że zdaniem A. Kaufmanna nie tylko argumentacja sądowa, lecz także argumentacja w dogmatyce prawa, z uwagi na jej związanie prawem obowiązującym, nie może być pojmowana jako racjonalny dyskurs – por. *Läßt sich die Hauptverhandlung in Strafsachen...*, s. 23.

²⁸ Por. *Grundlagenprobleme des Institutionalistischen Rechtspositivismus...*, s. 259 i n.

²⁹ Por. R. Alexy, *Problems of Discursive Rationality in Law* [w:] W. Maihofer, G. Sprenger (red.), *Law and the States in modern Times*, ARSP-Beiheft 42, 1990, s. 178–179, oraz *Antwort auf einige Kritiker* [w:] *idem*, *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt a. Main 1991 (wyd. 2), s. 434–435.

³⁰ *La tesis del caso especial*, s. 26.

³¹ Szerzej por. A. Grabowski, *Judicial Argumentation and Pragmatics. A Study on the Extension of the Theory of Legal Argumentation*, Kraków 1999, s. 113 i n.

³² Por. jego recenzja książki *Theorie der juristischen Argumentation*, s. 211–212, oraz dyskusję tego zarzutu u G. Pavlakosa, *ibidem*, s. 127–129.

nych dotyczy rzeczywiście słuszności praktycznej, a nie teoretycznej. Jego zdaniem, dogmatyka prawa spełnia takie funkcje względem orzecznictwa, jak meteorologia względem planów lotów: rozważania dogmatyczne, o ile zostaną zaakceptowane przez sądy, mogą wpływać na treść orzeczeń w podobny sposób, w jaki prognozy pogody wpływają na harmonogram lotów. Ponadto, Neumann argumentuje, że zgodnie z samopojmowaniem dogmatyki prawniczej, chodzi w jej rozważaniach o teoretyczną, a nie o praktyczną słuszność. Radykalny charakter tego argumentu wypływa stąd, że dyskurs dogmatycznoprawny jest dla Alexego czystym (bo nieinstytucjonalnym) przypadkiem dyskursu prawniczego³³. Jeżeli więc dyskurs ten, z uwagi na jego teoretyczny charakter, nie jest przypadkiem szczególnym dyskursu praktycznego, to *Sonderfallthese* traci rację bytu. Alexy argument ten odrzuca, zwracając przede wszystkim uwagę na następującą różnicę pomiędzy dogmatyką prawa a meteorologią: jeżeli pewna teoria dogmatyczna prowadzi do nieakceptowanych przez orzecznictwo rezultatów, to przemawia to za odrzuceniem takiej teorii; jeżeli jednak prognoza meteorologiczna prowadzi od odwołania lotów, to nie oznacza to, że jest ona niepoprawna. Ponadto, Alexy podkreśla, że obok rozważań empirycznych oraz logicznych, także kwestie praktyczne stanowią znaczący fragment dyskusji dogmatycznych. Dlatego też, dyskurs ten ma charakter praktyczny, a z uwagi na jego odniesienie do prawa pozytywnego, jest przypadkiem szczególnym³⁴.

Oceniając powyższą kontrowersję, zauważmy, że argument Alexego dotyczący różnicy pomiędzy teorią dogmatyczną a niekorzystną prognozą meteorologiczną jest nietrafny. Porównanie powinno zachodzić między błędną teorią dogmatyczną i błędną teorią meteorologiczną (prowadzącą do błędnych prognoz pogody), a nie niekorzystną dla podróżujących prognozą pogody. Analogia wykorzystana w argumentacji Neumanna wydaje się więc zasadna. Jeżeli zaś chodzi o notoryjnie sporną kwestię praktyczności dogmatyki prawniczej, to argumentacja Alexego tylko częściowo falsyfikuje tezę Neumanna – co najwyżej uzasadnia ona intuicyjnie akceptowalną przez prawników tezę głoszącą, że dyskurs dogmatycznoprawny ma charakter mieszany: jego rezultatem mogą być bowiem zarówno twierdzenia teoretyczne (formułowane np. w postaci posiadających wartość logiczną zdań deontycznych), jak i sądy praktyczne (np. postulaty *de lege ferenda*).

Trzeci zarzut dotyczy problemu konsekwencji logicznych roszczenia słuszności. Kaarlo Tuori zauważa³⁵, iż normatywna ważność zdań normatywnych (zawartych np. w decyzji sądowej), związana z charakteryzującym je roszczeniem słuszności, nie pociąga za sobą koniecznie, że zdania te muszą być rezultatem racjonalnego dyskursu – równie dobrze mogą być one wypracowane w inny sposób. W kontekście tego zarzutu pojawia się więc problem symetryczności roszczenia słuszności, wymaga bowiem rozważenia kwestia, czy słuszność orzeczenia pociąga za sobą słuszność dyskursu uzasadniającego. Przyjmując tradycyjne od-

³³ R. Alexy, *Ota Weinbergers Kritik der diskurstheoretischen Deutung juristischer Rationalität* [w:] P. Koller, W. Krawietz, P. Strasser (red.), *Institution und Recht*, s. 155.

³⁴ Por. R. Alexy, *Problems of Discursive Rationality in Law*, s. 174–175, oraz *Antwort auf einige Kritiker*, s. 434–435.

³⁵ Por. K. Tuori, *Discourse Ethics and the Legitimacy of Law*, „Ratio Juris” 2, 1989, s. 138 i n.

różnieniu pojmowania argumentacji prawniczej w sensie pragmatycznym (jako procesu) i apragmatycznym (jako wytworu), możemy postawić pytanie, które brzmi: czy normatywna ważność (tzn. dyskursywna słuszność lub prawna prawomocność) orzeczeń pociąga za sobą normatywną ważność czynności (procesu), których rezultatem jest dane orzeczenie?

W pracach Alexego nie znajdujemy bezpośredniej odpowiedzi na tak postawione pytanie, może być ona jednak stosunkowo łatwo zrekonstruowana. Z jednej strony, Alexy zdaje się akceptować tezę Tuoriego. Uważa bowiem, że roszczenie słuszności implikuje roszczenie uzasadnialności (*Anspruch auf Begründbarkeit*), ale uzasadnienie decyzji sądowych nie musi być koniecznie oparte na racjonalnej argumentacji³⁶. Wydaje się więc wiarygodne, że słuszność (dyskursywna racjonalność) argumentacji uzasadniającej daną decyzję pociąga za sobą słuszność tejże decyzji, ale jest to relacja niesymetryczna, jako że słuszność decyzji może (lecz nie musi) przemawiać za słusznością jej uzasadnienia. Teza ta może być pośrednio uzasadniona także za pomocą przykładów regulacji proceduralnych prawa pozytywnego, na przykład, art. 393¹² k.p.c. stanowi, że „Sąd Najwyższy oddala kasację, jeżeli nie ma usprawiedliwionych podstaw albo jeżeli zaskarżone orzeczenie **mimo błędnego uzasadnienia** odpowiada prawu” (podkreślenie – A.G.). Z drugiej jednak strony, Alexy zaznacza, że roszczenie słuszności jest nie tylko warunkiem sukcesu argumentacji stron procesu, lecz także ‘warunkiem gry’ (*condition of the game*) rozgrywanej przez strony postępowania³⁷. W tym sensie, jest ono tylko *implicite* zawarte w argumentacji stron, które, oczywiście, mogą temu roszczeniu nie sprostować³⁸. Zauważyć jednak należy, że odpowiedź ta powoduje częściową zmianę zakresu i charakteru *Sonderfallthese* – argumentacja stron bowiem przestaje być szczególnym przypadkiem ogólnego dyskursu praktycznego, który spełnia tutaj jedynie rolę kryterium oceny dyskursywnej racjonalności tejże argumentacji.

Problem *differentia specifica* dyskursu prawniczego

Bardzo liczne zarzuty dotyczą uzasadnienia roszczenia słuszności, opartego na koncepcji ‘performatywnej sprzeczności’ (*performative Widerspruch*)³⁹. Zarzuty te są bardzo ważne także dlatego, że jak to przyznaje sam Alexy, *Anspruch auf Richtigkeit* stanowi zarówno sedno tezy o przypadku szczególnym, jak i tezy o analitycznie koniecznym związku pojęciowym prawa i moralności, a ponadto

³⁶ Por. *Zur Kritik des Rechtspositivismus*, s. 25.

³⁷ Por. *Problems of Discursive Rationality in Law*, s. 179, *Antwort auf einige Kritiker*, s. 435.

³⁸ Sąd ten wydaje się uzasadniony przez odróżnienie podnoszenia roszczenia i jego zaspokojenia, dokonane przez Alexego – por. *La tesis del caso especial*, s. 32.

³⁹ Por. przykładowo M. Atienza, *ibidem*, s. 222 i n.; J. Betegón, *Sobre la pretendida corrección de la pretensión de corrección*, DOXA 21, 1998, vol. I, s. 184 i n.; E. Bulygin, *Alexy's Thesis of the Necessary Connection between Law and Morality*, „Ratio Juris” 13, 2000, s. 133–134; A. Engländer, *ibidem*, s. 443 i n.; P. Gril, *Alexys Version einer transzendental-pragmatischen Begründung der Diskursregeln im Unterschied zu Habermas*, ARSP 83, 1997, s. 211 i n.

stanowi bazę dla pozostałych argumentów (tj. *Unrechtsargument* i *Prinzipienargument*), uzasadniających tę ostatnią⁴⁰. Jednakże, z uwagi na różnorodność i szczegółowy charakter, wymagają one odrębnego opracowania. Dlatego też przedyskutujemy tylko jeden z zarzutów, mający zresztą także kluczowe znaczenie dla określenia relacji pomiędzy *Sonderfallthese* a *Verbindungsthese*, a mianowicie zarzut z nierozumnego lub niesprawiedliwego prawa. Jako że jest on związany z problemem prawnych ograniczeń dyskursu prawniczego, potraktujemy go jako pierwszy z zarzutów dotyczących problemu *differentia specifica* dyskursu prawniczego.

Alexy uzasadnia roszczenie słuszności za pomocą dwóch przykładów wypowiedzi, obarczonych, jego zdaniem, błędem 'performatywnej sprzeczności'. Pierwszy z nich dotyczy artykułu konstytucji, drugi wyroku skazującego⁴¹. Przedyskutujemy jedynie drugi przykład, jako że właśnie w odniesieniu do niego zarzut z nierozumnego lub niesprawiedliwego prawa został sformułowany. Przykład ten, zmieniony przez Alexego pod wpływem krytyki skierowanej przeciw jego oryginalnemu sformułowaniu⁴², ma obecnie postać następującą:

„The defendant is sentenced to life imprisonment, albeit wrongly, because valid law was interpreted incorrectly”⁴³.

Alexy twierdzi, że orzeczenie takie jest performatywnie sprzeczne. Sprzeczność ta zachodzi pomiędzy zawartym w nim *implicite* roszczeniem normatywnej poprawności orzeczeń a wyrażoną w nim *explicite* asercją, stwierdzającą wadliwość wyroku skazującego, spowodowaną błędną interpretacją prawa. Sprzeczność ta, zdaniem Alexego, oparta jest na klasycznym rozumieniu sprzeczności⁴⁴, zaś błąd popełniony przez sędziego, będącego autorem takiego orzeczenia, nie jest (tylko) błędem technicznym, moralnym czy też konwencjonalnym, lecz błędem konceptualnym, jako że sędzia narusza tu reguły konstytuujące akt orzeczenia⁴⁵. Argumentacja ta, zdaniem Alexego, uzasadnia twierdzenie, że roszczenie słuszności jest zawsze obecne w dyskursie prawniczym. Nie chodzi tu jednak o wykazanie 'absolutnej' racjonalności, lecz pokazanie możliwości racjonalnego uzasadnienia zdań normatywnych w ramach obowiązującego porządku prawnego⁴⁶.

⁴⁰ Por. (odpowiednio) *Theorie der juristischen Argumentation...*, s. 272, *Zur Kritik des Rechtspositivismus*, s. 26, oraz *Begriff und Geltung des Rechts*, Freiburg–München 1992, s. 64.

⁴¹ Por. *Theorie der juristischen Argumentation...*, s. 266 i n., *Zur Kritik des Rechtspositivismus*, s. 19–21, oraz *On the Thesis of a Necessary Connection between Law and Morality: Bulygin's Critique*, „Ratio Juris” 13, 2000, s. 140–141.

⁴² Oryginalny przykład z *Theorie der juristischen Argumentation...*, s. 266, brzmiący: „Im Namen des Volkes, Herr N. wird, obwohl hierfür keine guten Gründe sprechen, zu zehn Jahren Freiheitssetzung verurteilt”, został skrytykowany z uwagi na wieloznaczność pojęcia „dobrych racji” – por. U. Neumanna recenzję pracy *Theorie der juristischen Argumentation*, s. 212 i n.

⁴³ *On the Thesis of a Necessary Connection between Law and Morality: Bulygin's Critique*, s. 140.

⁴⁴ *Ibidem*, s. 141.

⁴⁵ Por. *Zur Kritik des Rechtspositivismus*, s. 20–21.

⁴⁶ Por. *Theorie der juristischen Argumentation...*, s. 264, 272.

W kontekście takiej prawnopozytywnej relatywizacji roszczenia słuszności, Neumann formułuje zarzut z nierozumnego prawa (*unvernünftiges Gesetz*)⁴⁷. Jego zdaniem, możliwość oparcia słuszności orzeczenia na nierozumnym prawie pozytywnym powoduje, że racjonalność takiej decyzji jest jakościowo różna od racjonalności decyzji uzyskanej przy zastosowaniu reguł racjonalnego dyskursu praktycznego. Zarzut ten pokazuje, że dyskurs prawniczy traktowany być może jedynie jako coś odmiennego (*ein Aliud*)⁴⁸, a nie jako przypadek szczególny ogólnego dyskursu praktycznego.

W odpowiedzi na tak sformułowany zarzut Alexy dokonuje odróżnienia dwóch aspektów roszczenia słuszności⁴⁹. Pierwszy aspekt dotyczy słuszności decyzji w ramach danego porządku prawa pozytywnego (który może być zarówno sprawiedliwy i rozumny, jak i nie), drugi zaś słuszności decyzji jako takiej (tzn. związany jest on z problemem racjonalności i sprawiedliwości prawa – w tym aspekcie roszczenie słuszności sprowadza się do roszczenia, że prawo stosowane w sprawie jest sprawiedliwe i rozumne). W kontekście tego odróżnienia Alexy twierdzi, że argument Neumanna nie obala jego teorii o związku argumentacji prawniczej z dyskursem praktycznym, gdyż w przypadku stosowania prawa niesprawiedliwego racjonalność dyskursywna pozwala ocenić racjonalność prawną (spełnia rolę kryterium). Jego zdaniem, decyzja oparta na poprawnym zastosowaniu niesprawiedliwego lub nierozumnego prawa pozytywnego jest wprawdzie prawnie ważna, ale nie jest ona prawnie doskonała (poprawna)⁵⁰. Wydaje się jednak, że rozwiązanie to jest niezadowolające, z co najmniej dwóch powodów. Po pierwsze, jak zauważa Manuel Atienza⁵¹, twierdzić, że dyskurs prawniczy jest przypadkiem ogólnego dyskursu prawniczego i twierdzić, że dyskurs praktyczny jest kryterium, na podstawie którego możemy oceniać prawo, to dwie różne rzeczy. Po drugie, zauważmy, iż zacytowany wyżej przykład decyzji, w której sędzia popełnia błąd 'performatywnej sprzeczności', dotyczy orzeczenia, dającego się naprawić (a więc błąd ten może zostać wyeliminowany) – wystarczy bowiem, że sędzia dokona właściwej interpretacji prawa i jego decyzja stanie się dyskursywnie poprawna (słuszna). Co jednak w przypadku orzeczenia mającego zapaść na pod-

⁴⁷ Por. U. Neumann, *ibidem*, s. 213–214, oraz *Juristische Argumentationslehre*, s. 88–90. Podobne zarzuty podnoszą: A. Kaufmann, *Problemgeschichte der Rechtsphilosophie*, s. 165, który wskazuje na możliwość „wadliwych ustaw”, oraz M. Atienza, *ibidem*, s. 224–225, który formułuje go w odniesieniu do norm „oczywiście nieracjonalnych lub niesprawiedliwych”.

⁴⁸ Termin *Aliud* użyty został najprawdopodobniej po raz pierwszy przez A. Kaufmanna, *Über die Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft. Ansätze zu einer Konvergenztheorie der Wahrheit*, ARSP 72, 1986, s. 436. Używają go także C. Braun, *ibidem*, s. 259–260 i K. Günther, *Ein normativer Begriff der Kohärenz für eine Theorie der juristischen Argumentation*, „Rechtstheorie” 20, 1989, s. 187.

⁴⁹ Por. *Zur Kritik des Rechtspositivismus*, s. 26, *Idee und Struktur eines vernünftigen Rechtssystems* [w:] R. Alexy, R. Dreier, U. Neumann (red.), *Rechts- und Sozialphilosophie in Deutschland heute*, ARSP–Beiheft 44, 1991, s. 38–39, oraz *Problems of Discursive Rationality in Law*, s. 178.

⁵⁰ Por. *Zur Kritik des Rechtspositivismus*, s. 26, *Problems of Discursive Rationality in Law*, s. 176–178, oraz *Antwort auf einige Kritiker*, s. 430 i n.

⁵¹ Por. M. Atienza, *ibidem*, s. 225.

stawie niesprawiedliwego lub nierozumnego prawa? Alexy twierdzi, że również orzeczenie:

„Mr N. is hereby sentenced to ten years' imprisonment on the ground of an unjust law”, nie jest prawnie poprawną decyzją⁵². Lecz przecież także alternatywną w stosunku do powyższej decyzję sędziowską, mogącą mieć postać:

„Z uwagi na niesprawiedliwość prawa stosowanego w sprawie, nie skazuje się oskarżonego N na karę prawem przewidzianą”⁵³,

trudno uznać za przykład orzeczenia zgodnego z prawem. Zatem staje się oczywiste, że roszczenie słuszności nakłada obowiązek zachowania niemożliwego do zrealizowania przez sędziego w przypadku, gdy jest on prawnie zobowiązany do zastosowania niesprawiedliwego lub nierozumnego prawa. Jako że zasada *impossibilium nulla est obligatio* wydaje się dyskursywnie konieczna w sferze dyskursu praktycznego, roszczenie słuszności Alexego jest więc dyskursywnie niemożliwe do zaakceptowania, jeżeli nie przyjmie się dodatkowego założenia, kontrafaktycznie eliminującego możliwość niesprawiedliwych lub nierozumnych regulacji ustawowych⁵⁴. W tym sensie usprawiedliwiona jest więc uwaga, poczyniona w nieco innym kontekście przez Ernsta Tugendhata, który stwierdza, że teoria dyskursu prawniczego Alexego prowadzi do chyba niezamierzonego przez niego poglądu, że żyjemy obecnie „w najlepszym z możliwych do pomyślenia prawniczym świecie” (*die beste aller denkbaren juristischen Welten*)⁵⁵.

Klaus Günther jest autorem konkurencyjnej w stosunku do koncepcji Alexego, dualistycznej teorii dyskursu moralnego i prawniczego, w której podstawową rolę odgrywa nie dyskurs uzasadniający, lecz dyskurs aplikacyjny⁵⁶. Opierając się na zbudowanej przez siebie teorii, formułuje on wiele zarzutów w stosunku do teorii dyskursu prawniczego Alexego, a w szczególności do *Sonderfallthese*⁵⁷. Zarzutem

⁵² *Problems of Discursive Rationality in Law*, s. 178, por. także *Antwort auf einige Kritiker*, s. 433.

⁵³ Przykład ten podaje M. Atienza, *ibidem*.

⁵⁴ Podobny sąd wyraża M. Atienza, *ibidem*. Nawiasem mówiąc, Alexy już w *Theorie der juristischen Argumentation* zdaje się taką konieczność dostrzegać, pisząc np. o tym, że jego teoria zakłada rozumność (*Vernünftigkeit*) ustawodawstwa, zaś osiągnięcie sprawiedliwości i racjonalności dyskursu prawniczego wymaga sprawiedliwego i racjonalnego porządku społecznego – por. *ibidem*, s. 351, 359.

⁵⁵ Por. E. Tugendhat, *Zur Entwicklung von moralischen Begründungsstrukturen in modernem Recht* [w:] W. Hassemer, A. Kaufmann, U. Neumann (red.), *Argumentation und Recht*, ARSP–Beiheft 14, 1980, s. 4.

⁵⁶ Teoria Günthera przedstawiona jest w następujących pracach: *Der Sinn für Angemessenheit. Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*, Frankfurt a. Main 1988 (wersja angielska: *The Sense of Appropriateness. Application Discourses in Morality and Law*, tłum. J. Farrell, New York 1993); *Ein normativer Begriff der Kohärenz für eine Theorie der juristischen Argumentation*, oraz syntetycznie w *Universalistische Normbegründung und Normanwendung in Recht und Moral* [w:] M. Herberger, U. Neumann, H. Rüßmann (red.), *Generalisierung und Individualisierung im Rechtsdenken*, ARSP–Beiheft 45, 1992, s. 36–76.

⁵⁷ Por. *Ein normativer Begriff der Kohärenz für eine Theorie der juristischen Argumentation*, s. 184 i n., oraz *Critical Remarks on Robert Alexy's „Special-Case Thesis”*, „Ratio Juris” 6, 1993, s. 143–156.

podstawowym, który jako jedyny będzie dalej przeanalizowany, jest postulat konieczności odróżniania, oprócz dyskursu uzasadniającego (*Begründungsdiskurs*), także dyskursu aplikacyjnego (*Anwendungsdiskurs*). Günther argumentuje, iż żadna norma nie może sama określać ani swojej interpretacji, ani zakresu zastosowania – taki ‘ideal normy doskonałej’ jest wysoce problematyczny⁵⁸. Dyskurs uzasadniający może więc jedynie uzasadnić *prima facie* (dyskursywnie) obowiązywanie normy (nie chodzi tu o obowiązywanie w sensie formalnoprawnym, bo jest ono, zdaniem Günthera, w tym dyskursie z góry założone⁵⁹), ale już nie jej stosowalność w konkretnej sprawie. Argumentacja ta prowadzi do konkurencyjnego (względem koncepcji Alexego) określenia poprawności szczegółowych zdań normatywnych – zdania takie mogą uchodzić za poprawne nie wtedy, gdy stanowią rezultat zastosowania (racjonalnej) procedury⁶⁰, lecz jedynie, gdy są „oparte na normie obowiązującej i na jej właściwym zastosowaniu”⁶¹. Zaś właściwe zastosowanie norm oparte jest na spełnieniu dwóch zasad odpowiedniości (*Principles of Appropriateness*): po pierwsze, na pełnym opisie sprawy, uwzględniającym wszystkie relewantne racje moralne; po drugie, na spójnej interpretacji tychże, bezpośrednio lub pośrednio relewantnych, racji moralnych⁶². W konsekwencji, Günther przyjmuje, że dyskurs prawniczy może być jedynie traktowany jako przypadek szczególny aplikacyjnego dyskursu moralnego⁶³, formułując tym samym własną wersję tezy o przypadku szczególnym.

Krytyka Günthera spowodowała ożywioną dyskusję nad tezą o przypadku szczególnym, a także niektórymi pozostałymi fragmentami teorii Alexego. W dyskusji tej przeważają opinie aprobujące konieczność odróżnienia, w ramach dyskursu prawniczego – obok dyskursu uzasadniającego – także dyskursu aplikacyjnego. Jednakowoż, przyjęcie argumentów przeciwko *Sonderfallthese* Alexego – sformułowanych na tej podstawie przez Günthera – jest już dość zróżnicowane. W literaturze przedmiotu można bowiem wskazać zarówno opinie aprobujące argumenty Günthera⁶⁴, jak i opinie zdecydowanie wobec jego argumentacji krytyczne⁶⁵, a także, mieszczące się pośrodku, eklektyczne próby połączenia

⁵⁸ Por. *Ein normativer Begriff der Kohärenz für eine Theorie der juristischen Argumentation*, s. 167 i n.

⁵⁹ *Ibidem*, s. 186.

⁶⁰ Por. R. Alexy, *Die Idee einer prozeduralen Theorie der juristischen Argumentation* [w:] A. Aarnio, I. Niiniluoto, J. Uusitalo (red.), *Methodologie und Erkenntnistheorie der juristischen Argumentation*, „Rechtstheorie”-Beiheft 2, 1981, s. 178 i n.

⁶¹ „Ein singulärer Normsatz kann beanspruchen, richtig zu sein, wenn er sich auf eine gültige Norm und ihre angemessene Anwendung stützt” – K. Günther, *ibidem*, s. 190.

⁶² *Critical Remarks on Robert Alexy's „Special-Case Thesis”*, s. 151, por. także *Der Sinn für Angemessenheit*, s. 287 i n.

⁶³ Por. *Ein normativer Begriff der Kohärenz für eine Theorie der juristischen Argumentation*, s. 188 i n., oraz *Universalistische Normbegründung und Normanwendung in Recht und Moral*, s. 70 i n.

⁶⁴ Por. przykładowo: O. Weinberger, *Basic Puzzles of Discourse Philosophy*, s. 179 i n.; M. Atienza, *ibidem*, s. 226; J.C. Velasco Arroyo, *El lugar de la razón práctica en los discursos de aplicación de normas jurídicas*, „Isegoría” 21, 1999, s. 61 i n.

⁶⁵ Por. przykładowo: I. Dwars, *Application Discourse and the Special Case-Thesis*, „Ratio Juris” 5, 1992, s. 67–78; M. Kettner, *Warum es Anwendungsfragen, aber keine „Anwendungs-*

obydwu teorii dyskursu w spójną całość⁶⁶. Natomiast Alexy, w swej bezpośredniej odpowiedzi na krytykę Günthera, nie kwestionuje wprawdzie konieczności odróżnienia dyskursów aplikacyjnych od dyskursów uzasadniających, uważa jednak, że traktowanie dyskursu aplikacyjnego jako równorzędnej i niezależnej (względem dyskursu uzasadniającego) części dyskursu prawniczego jest błędne, ponieważ każdy dyskurs aplikacyjny z konieczności zawiera w sobie dyskurs uzasadniający, który zresztą warunkuje jego rezultat⁶⁷.

W kontekście przedstawionej kontrowersji nasuwają się pewne uwagi natury ogólnej, dotyczące zakresu odniesienia teorii Alexego, tym bardziej, że jego koncepcja jest w tym punkcie niezbyt jasna. Alexy uważa, że pełne rozwinięcie *Sonderfallthese* zakłada czteroczonowy model proceduralny systemu prawa (*Vier-Stufen-Modell des Rechtssystems*)⁶⁸. Elementami tego modelu są: (1) procedura ogólnego dyskursu praktycznego, (2) procedura państwowego ustawodawstwa, (3) procedura dyskursu prawniczego, będącego przypadkiem szczególnym ogólnego dyskursu praktycznego, oraz (4) procedura procesu sądowego. Pierwsza i trzecia procedura są niezinstytucjonalizowane, druga i czwarta są procedurami zinstytucjonalizowanymi. Ponadto, jak już wcześniej zauważyliśmy w ramach analizy drugiego zarzutu dotyczącego problemu *genus proximum* dyskursu prawniczego, czystym przypadkiem dyskursu prawniczego jest dla Alexego niezinstytucjonalizowany dyskurs dogmatycznoprawny. W związku z czteroskładnikowym modelem systemu prawa pojawia się więc pytanie⁶⁹, czy tylko dyskurs prawniczy (trzecia z ww. procedur) jest przypadkiem szczególnym ogólnego dyskursu praktycznego? Tym bardziej jest ono uzasadnione, że Alexy usiłuje przecież bronić zasadności tezy głoszącej, iż również dyskurs prawniczy w ramach procesu sądowego jest przypadkiem szczególnym ogólnego dyskursu praktycznego. Analizując ten problem, Atienza sugeruje, że Alexy prawdopodobnie odróżnia argumentację prawniczą *sensu stricto* (tj. dogmatycznoprawny dyskurs prawniczy, mieszczący się w ramach trzeciej z ww. procedur), oraz argumentację prawniczą *sensu largo*, która obejmuje także np. argumentację sądową sędziego i stron procesu, argumentację w ramach procesu legislacyjnego itd.⁷⁰ Sugestia ta wydaje się trafna, trzeba jednak podkreślić dwie rzeczy. Po pierwsze, Alexy, niestety, nigdzie *explicit*e takiego odróżnienia nie przeprowadza. Po drugie zaś, zważywszy na treść drugiego i trzeciego elementu uzasadnienia *Sonderfallthese* (tj. zakres roszczenia

diskurse" gibt, „Jahrbuch für Recht und Ethik” 1, 1993, s. 365–378; L.M. Moral Soriano, *¿Qué discurso para la moral? Sobre la distinción entre aplicación y justificación en la teoría del discurso práctico general*, DOXA 21, 1998, vol. I, s. 203–208.

⁶⁶ Por. G. Pavlakos, *ibidem*, s. 134 i n.

⁶⁷ Por. R. Alexy, *Justification and Application of Norms*, „Ratio Juris” 6, 1993, s. 157–170, tutaj s. 170.

⁶⁸ R. Alexy, *Ota Weinbergers Kritik der diskurstheoretischen Deutung juristischer Rationalität*, s. 152 i n. Na temat tego modelu por. także A. Aarnio, R. Alexy, A. Peczenik, *The Foundation of Legal Reasoning*, „Rechtstheorie” 12, 1981, s. 272 i n.; R. Alexy, *Die Idee einer prozeduralen Theorie der juristischen Argumentation*, s. 185 i n., oraz *Idee und Struktur eines vernünftigen Rechtssystems*, s. 36 i n.

⁶⁹ Por. podobną uwagę O. Weinbergera, *Logische Analyse als Basis der juristischen Argumentation*, s. 202.

⁷⁰ Por. M. Atienza, *ibidem*, s. 192–193.

śluszości i prawnopozytywny charakter jego ograniczeń), wydaje się, że jego podstawową intencją było opracowanie teorii dyskursu prawniczego, odnoszącego się do dwóch typów argumentacji: dogmatycznej oraz sądowej. Zatem argumentacja prawnicza występująca w ramach procesu legislacyjnego, nie mieści się w zakresie jego teorii dyskursu prawniczego⁷¹. Należy także zwrócić uwagę na kierunek opracowania teorii Alexego. Odmienne niż np. w przypadku teorii argumentacji prawniczej MacCormicka, Alexy nie rozwija swej teorii na podstawie analizy konkretnych orzeczeń sądowych, lecz opierając się na – zreinterpretowanej dla potrzeb analizy dyskursu prawniczego – ogólnej teorii dyskursu praktycznego, której podstawę stanowi przede wszystkim teoria dyskursu Habermasa. W tym sensie, teoria dyskursu prawniczego stanowi rezultat zastosowania ogólnej teorii dyskursu praktycznego⁷² – przez co kierunek budowy tej teorii może być skrótowo określony jako ‘od ogółu do szczegółu’. Taki kierunek budowy teorii naukowych jest jednak, biorąc pod uwagę postulat ich adekwatności, stosunkowo niebezpieczny – zwłaszcza w przypadku budowy teorii normatywnych (a taką przecież, w przeważającej mierze, jest teoria dyskursu Alexego). Jeżeli bowiem najpierw tworzy się lub reinterpretuje ogólną teorię dyskursu, a potem rozstrzyga, do jakiego zakresu przedmiotowego odnosi się ona w sferze argumentacji prawniczej, to tym bardziej popełnić można błąd nieadekwatnego określenia rzeczywistego zakresu odniesienia takiej teorii. W dyskutowanym przypadku nasuwa się podejrzenie, że teoria Alexego jest teorią skaczącą (w terminologii Leona Petrażyckiego⁷³) – jej twierdzenia bowiem odnoszą się do węższego zakresu przedmiotowego niż zamierzył jej autor. Aby tę ocenę uzasadnić, powróćmy tutaj do odpowiedzi udzielonej przez Alexego na zarzut Günthera, dotyczący nieodróżnienia dyskursu aplikacyjnego. Zauważmy, że nawet jeśli przyjmiemy za Alexym, że dyskurs uzasadniający zawarty jest w każdym dyskursie aplikacyjnym, to powstaje pytanie, jak można określić pozostałą – niebędącą już dyskursem uzasadniającym – część dyskursu aplikacyjnego. Czy jest ona przypadkiem szczególnym dyskursu praktycznego w rozumieniu teorii Alexego, czy też jego teoria już tej części dyskursu prawniczego nie obejmuje? Ponadto zauważmy, że w sytuacjach, w których dyskurs prawniczy przestaje być przypadkiem szczególnym ogólnego dyskursu praktycznego, gdyż dyskurs praktyczny staje się jedynie kryterium oceny dyskursu prawniczego (tzn. w omówionych wyżej przypadkach argumentacji stron procesu, naruszającej reguły racjonalności dyskursywnej, tzn. niespełniającej roszczenia słuszości, oraz w przypadku stosowania przez sędziego niesprawiedliwego lub nierozumnego prawa), mamy do czynienia z szeroko rozumianym dyskursem aplikacyjnym, przeprowadzanym w ramach sądowego stosowania prawa. Dlatego też dyskutowany postulat Günthera wydaje się mieć dalej idące konsekwencje niż te, które Alexy w swej odpowiedzi uwzględnia

⁷¹ Por. R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation...*, s. 351.

⁷² Por. np. A. Aarnio, R. Alexy, A. Peczenik, *ibidem*, s. 260.

⁷³ Por. L. Petrażycki, *Wstęp do nauki o prawie i moralności. Podstawy psychologii emocjonalnej*, Warszawa 1959, (wyd. 2), s. 124 i n.; T. Kotarbiński, *Pojęcie teorii adekwatnej*, „Studia Filozoficzne”, z. 4, 1973, s. 3–6; J. Woleński, *Metodologiczne dążenia Petrażyckiego a współczesna teoria nauki* [w:] K. Opalek (red.), *Z zagadnień teorii prawa i teorii nauki Leona Petrażyckiego*, Warszawa 1964, s. 167 i n.; A. Grabowski, *ibidem*, s. 6 i n.

i analizuje, zaś wykazanie, że każdy dyskurs aplikacyjny zawiera w sobie z konieczności dyskurs uzasadniający, nie rozwiązuje w pełni problemu adekwatności *Sonderfallthese*.

Wieloznaczność 'tezy o przypadku szczególnym'

Nawet tak zdecydowany krytyk teorii dyskursu prawniczego, jakim jest Eric Hilgendorf, podkreśla, że dzięki teorii Alexego można wreszcie problemy etyki dyskursywnej krytycznie analizować, a nie ograniczać się do zadawania ciągle powtarzanego pytania: „Co właściwie autor ma na myśli?”⁷⁴. Tym bardziej warte przedyskutowania są zarzuty wieloznaczności, odnoszące się do tezy o przypadku szczególnym. Różnią się one od zarzutów dotąd omówionych przede wszystkim tym, że na większość z nich Alexy jak dotąd nie odpowiedział.

Najbardziej ogólny charakter ma zarzut wieloznaczności sformułowany przez Neumanna⁷⁵. Zauważa on, że nie jest jasne, na co w *Sonderfallthese* położony jest akcent: czy na to, że dyskurs prawniczy jest **przypadkiem** dyskursu praktycznego, czy na to, że jest to przypadek **szczególny**? Problem ten znajduje swoje rozwinięcie w zarzucie wieloznaczności sformulowanym przez Weinbergera, stawiającego pytanie, na czym polega szczególny charakter argumentacji prawniczej, o którym mówi *Sonderfallthese*⁷⁶. Czy oznacza on, że reguły dyskursu praktycznego obowiązują bezwyjątkowo w ramach dyskursu prawniczego (obok dodatkowych reguł specyficznych wyłącznie dla tego dyskursu), czy też, że w sferze dyskursu prawniczego istnieją takie sytuacje wyjątkowe, w których przynajmniej niektóre reguły ogólnego dyskursu praktycznego tracą moc?

Zarzuty powyższe, które określić można jako treściowe, są niewątpliwie istotne. Wydaje się jednak, że nie sposób ich przeanalizować bez uprzedniego rozważenia zarzutu wieloznaczności, który dotyczy charakteru metodologicznego (epistemologicznego) tezy o przypadku szczególnym. Zarzut ten został w sposób najbardziej szczegółowy sformułowany i przedyskutowany przez Hilgendorfa⁷⁷. Rozważa on trzy interpretacje *Sonderfallthese*, która może być jego zdaniem rozumiana jako: (1) ustalenie językowe (*sprachliche Festsetzung*), (2) wypowiedź empiryczna dotycząca czynności związanych ze stosowaniem prawa, lub też jako (3) postulat moralny. Analiza Hilgendorfa, w której niestety pomija on trzecią ewentualność, doprowadza go do wniosku, że Alexy czasami opiera *Sonderfallthese* wyłącznie na odpowiednim ustaleniu terminologicznym (a zatem jest ona analityczna i przez to trywialna), czasami jednak odnosi ją do związków o cha-

⁷⁴ Por. *Argumentation in der Jurisprudenz...*, s. 128. Podobnie pozytywne uwagi formułują także: H. Rüßmann w swej recenzji książki *Theorie der juristischen Argumentation*, „Rechtstheorie” 10, 1979, s. 120 i U. Neumann, *Juristische Argumentationslehre*, s. 95.

⁷⁵ Por. U. Neumann, *ibidem*, s. 90–91; podobnie M. Atienza, *ibidem*, s. 221 i n.

⁷⁶ Por. *Grundlagenprobleme des Institutionalistischen Rechtspositivismus und der Gerechtigkeitstheorie*, s. 264–265.

⁷⁷ Por. *Argumentation in der Jurisprudenz*, s. 129–137.

rakterze faktycznym, tj. do nauk prawnych lub procesu sądowego. Zdaniem Hilgendorfa, także w tym przypadku teza Alexego jest trywialna, jako że jej zawartość sprowadza się do stwierdzenia, iż argumentacja w kontekście prawnym zawiera w sobie roszczenie do rozsądnosci (poprawności), przez co jednak prawie niczego nie można z zakresu tej argumentacji wykluczyć, gdyż roszczenie to jest właściwe dla wszystkich rodzajów argumentacji⁷⁸.

Status metodologiczny *Sonderfallthese*

Pozostawiając chwilowo bez komentarza kwestię trywialności tezy o przypadku szczególnym, skupmy się na tym, co wydaje się najistotniejsze, tj. na rozważeniu metodologicznego charakteru tej tezy. Zauważmy, że zarówno Alexy, jak i krytycy *Sonderfallthese* (w przeważającej większości) traktują ją jako tezę deskryptywną, a nie analityczną czy normatywną. Nie dziwi więc, że na przykład Alfonso García Figuerola, który wprawdzie rozważa zarówno normatywne, jak i deskryptywne rozumienie tezy o przypadku szczególnym, przypisuje jej jednak charakter deskryptywny, nie podając prawie w ogóle uzasadnienia dla takiej interpretacji⁷⁹. Wydaje się jednak, że nie tylko fakt, iż (jak pokazała analiza zarzutów wobec *Sonderfallthese*) trudno jest ją zaakceptować jako tezę deskryptywną czy empiryczną, przemawia za rozważeniem możliwości jej normatywno-analitycznej interpretacji. Można bowiem przytoczyć wiele argumentów przemawiających za taką właśnie, niedeskryptywną i nieempiryczną interpretacją. Jako że większość z tych argumentów została już sformułowana w trakcie dotychczasowej analizy, poprzestaniemy na ich syntetycznym wyliczeniu.

Za normatywną interpretacją charakteru tezy o przypadku szczególnym przemawiają, między innymi, następujące argumenty:

1. Wprawdzie *Sonderfallthese* sformułowana jest w trybie oznajmującym, lecz jej znaczenie, podane w formie *Integrationsthese*, ma już charakter normatywny, a nie opisowy.

2. Istotą *Sonderfallthese*, a jednocześnie podstawowym argumentem ją uzasadniającym, jest zdaniem Alexego roszczenie do słuszności, mające także normatywną treść.

3. *Sonderfallthese* spełnia również rolę definicji dyskursu prawniczego – w *Theorie der juristischen Argumentation* nie znajdujemy bardziej szczegółowego określenia lub definicji tego dyskursu⁸⁰. To niewątpliwie definicja projektująca, a nie sprawozdawcza – zatem pozbawiona jest ona wartości logicznej, co z zasady wyklucza jej deskryptywną interpretację.

⁷⁸ *Ibidem*, s. 136–137.

⁷⁹ Por. A. García Figuerola, *ibidem*, s. 198 i n.

⁸⁰ Konkurować z tą definicją może jedynie wyliczenie różnych typów dyskusji prawniczych (*juristischer Diskussionen*), które można ewentualnie potraktować jako definicję enumeratywną dyskursu prawniczego – por. *Theorie der juristischen Argumentation*..., s. 261.

4. Ogólny dyskurs praktyczny, którego przypadkiem szczególnym (w myśl tezy Alexego) jest dyskurs prawniczy, spełnia przynajmniej w dwóch przypadkach (tj. w przypadku niesłusznej argumentacji stron postępowania sądowego oraz w przypadku orzeczeń sędziowskich mających zapaść na podstawie nierozumnego lub niesprawiedliwego prawa) wyłącznie rolę kryterium poprawności. Co więcej, Alexy *explicite* odróżnia problem, czy aktualna regulacja postępowania sądowego spełnia wymogi racjonalności dyskursywnej⁸¹.

Natomiast spośród argumentów przemawiających za analityczną interpretacją tezy o przypadku szczególnym za najistotniejszy należy uznać argument następujący: *Sonderfallthese* wydaje się koniecznym założeniem (warunkiem) dla stworzenia teorii racjonalności argumentacji prawniczej. Przypomnijmy, że znaczenie tezy o przypadku szczególnym, wyrażone poprzez *Integrationsthese*, jest – zdaniem Alexego – założeniem stanowiącym punkt wyjścia jego teorii⁸². Warto tu także przypomnieć, że Alexy kończy swoją *Theorie der juristischen Argumentation* wyjaśnieniem, iż celem jego pracy było „uczynienie bardziej jasnym [kwestii], czy i jak jurisprudence jest możliwa jako szczegółowa gałąź rozumu praktycznego”⁸³. Za analitycznym charakterem *Sonderfallthese* przemawia nadto także to, że teoria dyskursu prawniczego Alexego spełnia również funkcje definicji pewnego ideału, łącząc dyskurs realny z dyskursem idealnym⁸⁴.

Zatem wydaje się, że można *Sonderfallthese* interpretować w taki sam sposób, w jaki Alexy charakteryzuje swoją teorię dyskursu prawniczego, przypisując jej normatywno-analityczny charakter⁸⁵. Zgodnie z tą interpretacją, teza o przypadku szczególnym stanowi wyrażony w formie definicji postulat traktowania (lub interpretowania) dyskursu prawniczego jako przypadku szczególnego ogólnego dyskursu praktycznego. Jako że postulat ten wydaje się skierowany do wszystkich uczestników dyskursu prawniczego (tj. legislatora, sędziów, stron postępowania sądowego), a także do naukowców zajmujących się analizą tegoż dyskursu, jego charakter jest dość złożony. W zależności od kontekstu, a w szczególności możliwego odbiorcy tego postulatu, przypisać mu można charakter ideologiczny, moralny czy metodologiczny (wymieniając tylko najbardziej oczywiste ewentualności).

Prawdopodobnie najpoważniejszy zarzut przeciwko normatywno-analitycznej interpretacji *Sonderfallthese* opierać się może na konstatacji, że interpretacja ta jest sprzeczna z intencjami Alexego. Z jednej strony, zdaje się on świadomy tego, że jego teza spełnia także funkcję definicji dyskursu prawniczego, co widać, bio-

⁸¹ Por. *ibidem*, s. 271, przypis 22.

⁸² Por. *supra*, s. 47.

⁸³ R. Alexy, *ibidem*, s. 359.

⁸⁴ Alexy wielokrotnie zwraca uwagę na to połączenie dyskursu prawniczego z idealnym dyskursem praktycznym oraz ideą prawa – por. np. *ibidem*, s. 358–359, Ota Weinbergers *Kritik der diskurstheoretischen Deutung juristischer Rationalität*, s. 148 i n., *Idee und Struktur eines vernünftigen Rechtssystems*, s. 43–44.

⁸⁵ Por. *Theorie der juristischen Argumentation...*, s. 32–33. Wypada dodać, że przez ‘ujęcie analityczne’ w badaniu dyskursu prawniczego rozumie Alexy badanie struktury logicznej argumentów. Moja sugestia dotycząca częściowo analitycznego statusu metodologicznego *Sonderfallthese* oparta jest oczywiście na szerszym pojmowaniu pojęcia analityczności.

rać pod uwagę terminologię definicji klasycznej (problemy *genus proximum* i *differentia specifica*), której używa. Jednakże z drugiej strony wprost odrzuca możliwość traktowania jego teorii jako tylko wyjaśnienia idei regulatywnej dyskursu praktycznego⁸⁶. Alexy twierdzi, że „jeśli teoria dyskursu nie miałaby być niczym więcej niż wyjaśnieniem idei regulatywnej, tym niemniej zachowałaby ona swą wartość teoretyczną, ale byłaby prawie bezużyteczna (*kaum von Nutzen*) w praktyce”⁸⁷. Wydaje się jednak, iż to twierdzenie jest niezbyt trafne, bo przecież od samego początku krytycy *Sonderfallthese* podkreślali, że trudno jest określić, czy i jak teoria dyskursu Alexego może zostać zoperacjonalizowana oraz wykorzystana w praktyce, w szczególności z uwagi na to, że dyskurs idealny jest modelem, który bez wątpienia nie może być urzeczywistniony⁸⁸. Ponadto można dodać, zgodnie z konkluzjami niektórych krytyków, że *Sonderfallthese* może być wiarygodna tylko wtedy, gdy traktujemy ją jako punkt wyjścia analiz krytycznych prawa i dyskursu prawniczego, dokonywanych z punktu widzenia reguł ogólnego dyskursu praktycznego⁸⁹, co implikuje, że teza o przypadku szczególnym powinna być interpretowana preskryptywnie.

Ostatnia kwestia dotyczy oceny, czy normatywno-analityczna interpretacja tezy o przypadku szczególnym powoduje, iż staje się ona trywialna. Jak słusznie zauważa Hilgendorf, jest oczywiście możliwe zdefiniowanie decyzji prawnych oraz dyskursu prawnego w taki sposób, że będą one przypadkiem szczególnym ogólnego dyskursu praktycznego⁹⁰. Sądzę jednak, że nie implikuje to koniecznie trywialności tezy Alexego. Po pierwsze, odegrała ona już kluczową rolę w rozwoju dyskursywnej teorii argumentacji prawniczej. Po drugie, bardzo silnie wpłynęła na nasz sposób postrzegania oraz opinię o rzeczywistej naturze dyskursu praktycznego⁹¹. Po trzecie, dzięki normatywno-analitycznej interpretacji *Sonderfallthese* możemy uniknąć niebezpieczeństwa bezkrytycznej ideologicznej legitymizacji współczesnych demokratycznych systemów prawa, opartej na teorii dyskursu⁹².

⁸⁶ Możliwość ta została zaproponowana przez C. Brauna, *ibidem*, s. 256–257.

⁸⁷ Ota Weinbergers *Kritik der diskurstheoretischen Deutung juristischer Rationalität*, s. 150.

⁸⁸ Por. przykładowo E. Tugendhat, *ibidem*, s. 11; O. Weinberger, *Der Streit um die praktische Vernunft*, s. 39, oraz *Grundlagenprobleme des Institutionalistischen Rechtspositivismus und der Gerechtigkeitstheorie*, s. 259 i n.

⁸⁹ Por. U. Neumann, *Juristische Argumentationslehre*, s. 91; M. Atienza, *ibidem*, s. 230.

⁹⁰ Por. E. Hilgendorf, *ibidem*, s. 134.

⁹¹ Instruktywnym przykładem jest tu zmiana opinii Habermasa, dotyczących strategicznego lub komunikacyjnego charakteru procesu sądowego – por. U. Neumann, *Zur Interpretation des forensischen Diskurses in der Rechtsphilosophie von Jürgen Habermas*, *passim*.

⁹² Niebezpieczeństwo to zostało zauważone m.in. przez K. Tuoriego, *ibidem*, s. 142.

Podsumowanie

Analizy przedstawione w pracy miały na celu wyjaśnienie niektórych aspektów i konsekwencji *Sonderfallthese*. Rezultaty tych analiz mogą być skrótowo przedstawione w formie następujących tez:

1. Tylko *Integrationsthese* może być traktowana jako uprawniona interpretacja znaczenia tezy o przypadku szczególnym.

2. *Sonderfallthese* nie jest wiarygodna, jeśli interpretujemy ją jako tezę deskryptywną lub empiryczną, z uwagi na jej nieadekwatność.

3. Nieadekwatność ta polega na tym, że teza o przypadku szczególnym nie jest właściwym opisem przynajmniej niektórych części dyskursu prawniczego w ramach sądowego stosowania prawa, a także opisowo-teoretycznej części dyskursu dogmatycznoprawnego.

4. A zatem, ewentualność normatywno-analitycznego statusu metodologicznego (epistemologicznego) *Sonderfallthese* powinna być wzięta pod uwagę. Taka interpretacja tezy Alexyego, pomimo sprzeczności z wyrażonymi przez niego intencjami, wydaje się nie tylko możliwa, lecz także godna rekomendacji.

5. Wreszcie – jako produkt uboczny przeprowadzonych analiz – wyszło na jaw, zresztą wbrew opinii samego Alexego⁹³, że roszczenie słuszności (*Anspruch auf Richtigkeit*) samodzielnie uzasadnia konieczność *Verbindungsthese*. Co więcej, możliwość nierozumnego lub niesprawiedliwego prawa, która powoduje, że roszczenie to czasami nie może zostać spełnione przez sędziego, zdaje się podstawową racją i powodem, z uwagi na które Alexy próbuje uzasadnić pojęciową konieczność niepozytywistycznej koncepcji prawa.

⁹³ Por. *Begriff und Geltung des Rechts*, s. 70.